

証明責任の分配に関する基本原則

田 村 陽 子

目次

- 第一章 はじめに——証明責任とは
- 第二章 証明責任論
- 第三章 証明責任の分配原則
- 第四章 若干の比較法的考察
- 第五章 諸説の検討
- 第六章 結語——今後の課題

第一章 はじめに——証明責任とは

証明責任⁽¹⁾をめぐる諸問題については、現在に至つてもなお、学説が対立し錯綜しており、いまだに決着していな

証明責任の分配に関する基本原則——田村

い問題の一つである。⁽²⁾ 証明責任論についてはさまざまな問題がある。そもそも「証明責任の独自の規範を認める必要があるか」という問題に始まり、「証明責任は結果責任が中心なのか、行為責任が中心なのか、それともどちらか片方のみなのか」、「証明責任の分配をどうとらえるか」などをめぐる争いがある。⁽³⁾ 昭和四〇年代に一度、証明責任論について激しく論争がなされたことがあったものの、この問題は解決を見ず、棚上げされた状態で今日に至っているのである。

このような証明責任をめぐる問題がそもそもなぜ生じたのか。その根本的な原因は、ある意味単純である。すなわち、証明責任に関する規定が、長らくわが国には「いずれの法律にも存在しなかった」ことにある。そもそも、わが国において、ドイツの流れを汲む明治二三年成立の旧々民事訴訟法には、証明責任に関する規定は存在しなかったものの、G. Boissonade が草案したフランス流の明治二三年成立の旧民法証拠編一条および二条には、証明責任に関する規定が存在していた(後述)。しかしながら、このフランス流の旧民法は、一度も施行されることなく、いわゆる法典論争により明治二九年にドイツ流の現行民法に移行され、旧民法証拠編は廃止されてしまった。その際、民事訴訟法に移されるべき旧民法証拠編の右の二つの規定は、結局、一八七七年成立のドイツ旧民事訴訟法(CP O)を基にしたテヒョー草案および民事訴訟法新草案二五八条には採用されなかった。そして、それ以降、大正一五年成立の旧民事訴訟法および平成八年改正の現行民事訴訟法に至るまで、わが国の民事訴訟法および民法には、証明責任に関する規定は置かれなままになっているのである。⁽⁴⁾

それでは、昭和四〇年代に証明責任に関する大論争はなぜ生じたのか。この背景には、証明責任論をとりまく社会的状況の変化が存在していたことが挙げられる。⁽⁵⁾ すなわち、高度に技術文明・経済活動が発達した現代社会において、企業が巨大な私人として存在し、これらの企業の経済活動により損害を受けた一般消費者が、個々にこの巨

大私人を相手に訴訟をしなければならないという、従来の一私人対一私人の訴訟とは異なる現代型訴訟が登場したことがある。公害訴訟などは、その顕著な例であろう。

すなわち、巨大な私人である企業と一私人との訴訟では、訴訟追行においても力関係に非常に差があり、例えば、一私人は one-shot 当事者であるのに対し、企業は repeat player であり、両者の訴訟に関する知識・経験には雲泥の差がある。また消費者は、一般に消費の対象である商品や役務について無知な個人であり、企業に対して本質的に存在が劣位に置かれている。さらに、企業が複雑な製品の製造過程や構造の情報を集中的に持つため証拠の偏在が生じ、一私人が、日本の限られた証拠収集制度の中で、巨大な企業の責任を証明することが困難になっている。⁷⁾

そのためこのような事態に対処するべく、証拠収集制度の拡充や証明度の弾力化の問題とともに証明責任の分配が問題となり、従来の分配論が修正を求められるようになったのである。

しかし昭和四〇年代以降、今もなおさまざまな論稿が発表され続けているが、証明責任に関する問題は決着をみないままである。その理由の一つとしては、わが国の民事訴訟をめぐる社会の変化がその背景にありながら、理論的な争いとしては、ドイツの学説である「表見証明」や「事案解明義務」などの新しい考え方の紹介が中心となり、それらの理論がわが国の理論として定着するまでに至らなかったことが言われる。⁸⁾ また、わが国での研究が、証明責任の観念・作用方法および証明責任の分配基準といった、総論的でややもすると理論的問題に片寄り、必ずしも個々の問題につき違いをもたらさなかったことも挙げられている。¹⁰⁾ このように証明責任論争は、実務にほとんど浸透せず、¹¹⁾ またその論争はドイツの議論に引きずられたきらいがある。証明責任論のあり方を明治の旧民法証拠編に遡って根本的に再検討し、改めて新しい理論構築を行う試みもなされてはいるものの、¹²⁾ 未だ発展しないまま今日に至っている。¹³⁾ 平成八年の民事訴訟法改正においても、主張や証明における当事者の責任のあり方や自由心証主義と

いつた基本的な枠組みには、特に変更はなされていないのである。¹⁵⁾

たしかに、証明責任による裁判が望ましいわけではなく、真偽不明の事態が生じて証明責任による判断が必要となる以前に、文書提出命令といった証拠収集制度・提出制度を拡充し、真実発見の方策を模索するのが先決ではある。¹⁶⁾ しかしながら、証明責任は、すべての民事、行政及び刑事の訴訟運営に必要な「民事訴訟の脊髄」であつて、実務上も、決しておろそかにできない重要なものである。¹⁶⁾ 証明責任論は、証明主題をどのように定めるかという要件事実論、それから当事者の事案解明義務や表見証明、事実上の推定の理論、そして最近では証明度の軽減理論などの、証明の負担軽減の理論にもからみながら、ますます複雑な様相を呈している。

したがって、当事者が武器対等ではないような、現代型訴訟にも対応した証明責任論の新たな構築が、要件事実論の見直しや証拠収集制度の拡充と共に必要であろう。このような証明責任論の構築は、「訴訟理論ないし紛争解決の理論の研究として必要であるとともに、わが国における紛争の法的解決、裁判運営の適正化、合理化の見地からも焦眉の急務だ」とすら言われたこともある。¹⁷⁾

今日、二一世紀の法学教育が法科大学院という実務と研究が密着した中で行われる中、裁判で誰がどのように証明をなすべきかという実務的な視点も加味して、要件事実論や証明責任論を改めて検討することが必須となろう。

しかし、数多くの問題をこの論文ですべて網羅することは不可能なので、本稿の目的としては、民事訴訟における証明責任の分配を考えるとときに拠つて立つところを、まずは明らかにすることに限定したい。第一に、民事訴訟における証明責任の分配を考えるに必要な範囲で、証明責任一般について概観することにする。具体的には、証明責任の意義(そもそも証明責任の役割とは何か)および規範内容(証明責任規範自体の必要性および内容の問題、客観的証明責任・主観的証明責任といった次元の違う問題をどう扱うか)について検討する。第二に、証明責任の

分配の原則論について検討する。最後に若干の私見を述べることにする。

(1)「挙証責任」、「立証責任」とも言われることがある。また、「証明責任」の意義については、本文で後述するように三種類ある(証明責任規範、客観的証明責任、主観的証明責任)。もともとは、ドイツの「Beweislast」の訳語であるので、どの訳語が適切かという問題もある。

この訳語については、倉田卓次博士が、従来「Beweislast」は「Beweisführungslast(証明遂行責任)」としての一面で理解されて「挙証責任」、「立証責任」なる用語が慣用されていたが、Rosenbergによつて「Feststellungslast(確定責任)」の側面こそ「Beweislast」の本質であるとの認識が確立された今日、「証明責任」が妥当である旨述べられている(倉田卓次訳・ローゼンベルク証明責任論[全訂版](判例タイムズ社・昭和六十二年)三頁)。

これに対し、松本博之教授は、「証明責任が第一次的には、当事者の証拠提出活動ではなく、法適用の段階での、法規の法律要件要素の存否不明の取扱ひの問題であることに共通の理解がありさえすれば、どの用語を用いるかは単なる言葉の問題の域を出ない」と述べられ、「ただ、証明責任の語は、今日一般に定着しており、また「責任」にかわる適切な用語も見当たらないので、本書においても、証明責任という用語を用いる」とされている(松本博之・証明責任の分配[新版](信山社・平成八年)二頁)。

さらに前二者の見解に対し、並木茂教授は、「行為責任(主観的証明責任)」としての側面が本来の「Beweislast」であると反論されている。その根拠としては、ラテン語の「onus probandi」あるいはフランス語の「charge de prouver」英語の「burden of proof」の訳語として考えるべきものであり、明治二十三年民事訴訟法(以下、「旧々民事訴訟法」)の原草案にあたる訴訟規則および旧民法草案の条文に端を発し、学者や実務家によつてそれぞれの内容に即して徐々に形成されてきたものであり、客観的証明責任論における「立証責任」、「挙証責任」、「証明責任」の用語は、以上の中から借用したものにすぎない旨を言われる。そして、「証明責任を、分配上証明責任を負う当事者が係争の主要事実を証明すべき行為責任とし、かつ、無証明というその不成功に対する反射的效果として、裁判官が係争の主要事実を要件とする法規を適用しないことによりその当事者の負う不利益を結果責任として理解し、その意味で使用するこになんらのちゅうちよも覚えないのである」と述べている。ただし、結論としては、並木茂教授は、用語にそれほどこだわらず、行為責任としての側面のみならず、Rosenbergの確定責任なども含めて、一般的に「証明責任」の用語を用いられている。以上、並木茂「民事訴訟における主張と証明の法理はどうあるべきか(上)」判例タイムズ九六九号一八頁(平成一〇年)。

本稿では、「証明責任」の用語を、「証明責任規範」および「主観的証明責任」もしくは「客観的証明責任」の三種類の意義すべてを包括するものとして広義の意味で用い、証明責任の個々の側面では、三種類の用語を分けて使うことにする。

(2) 昭和六三年にも研究会が開かれたりしている。松本博之ほか「研究会」証明責任論の現状と課題」判例タイムズ六七九号三頁以下(昭和六三年)。

(3) 春日偉知郎・民事証拠法研究(有斐閣・平成三年)三三三頁以下参照。

(4) 昭和五〇年六月一五日の第四五回民事訴訟法学会シンポジウムで証明責任論争が激化した。この詳しい内容については、小山昇ほか「討論」証明責任(挙証責任)の分配」民事訴訟雑誌二二号一五三頁以下(昭和五一年)参照。また昭和五二年七月二三日にも研究会が開かれている。賀集唱ほか「研究会」証明責任論とその周辺」判例タイムズ三五〇号一四頁以下(昭和五二年)参照。

(5) 旧民法典の証拠編成立の経緯とその後の廃止の経緯については、特に、並木茂「民事訴訟における主張と証明の法理はどうあるべきか(中)」判例タイムズ九七一号三七頁以下(平成一〇年)が、実に詳細な紹介と検討をされているので、そちらを参照されたい。

(6) 松本・前掲注(1)一頁。小林秀之・新証拠法(弘文堂・平成一〇年)一六〇頁以下。

(7) 萩原金美「消費者保護と民事訴訟」民事訴訟法の争点「新版」(有斐閣・昭和六三年)三六頁。

(8) 前掲注(6)の文献をはじめ、石田稷・民法と民事訴訟法の交錯(東大出版会・昭和五四年)(以下「交錯」、同・証拠法の再構成(東大出版会・昭和五五年)(以下「再構成」)を皮切りに、倉田卓次監修・要件事実の証明責任債権総論(西神田編集室・昭和六一年)、村上博巳・証明責任の研究「新版」(有斐閣・昭和六一年)、竜寄喜助・証明責任論(有斐閣出版サービス・昭和六二年)等が総合研究された主なものであるが、その他にも著書や論文は数知れずある。

(9) 萩原金美・訴訟における主張・証明の法理(信山社・平成一四年)二六〇頁参照。

(10) 松本・前掲注(1)二頁。

(11) 竜寄・前掲注(8)二〇四頁。

(12) 代表的なものとしては、並木・前掲注(5)三七頁以下などが挙げられる。

(13) 高橋宏志・重点講義民事訴訟法「新版」(有斐閣・平成一二年)四四一頁。

(14) たしかに、現行法は「争点中心の訴訟運営と証拠収集の拡充により、主張・証明責任中心の古典的な弁論主義観に変更を加え、主張・証明責任を負わない事実についても、一定の場合には主張や証拠提出しなければならないことを正面から認めた」。そのため、「従来よりは、客観的証明責任の比重が低下し、今後は争点中心の審理の実現のためきめ細かい主観的証明責任が求められることになっていく

だろう」という予測も妥当であろう（小林秀之・民事訴訟法がわかる（日本評論社・平成一四年）二一六頁、二一八頁）。しかし、このことは、客観的証明責任の理論を検討する必要性を損なうものではないと思われる。

(15) 春日教授も、証拠提出責任（主観的証明責任）を重視し、事案解明などの審理の充実を図ることにより、証明責任による裁判を避けることの方がむしろ先決であるとしながらも、こうした経緯の発端が、証明責任の問題にあったことは、やはり紛れもない事実であり、これを確認しておく必要があることを述べておられる（春日・前掲注（3）二頁以下）。

(16) 萩原・前掲注（9）二六〇頁以下。

(17) 前掲二六一頁。

第二章 証明責任論

証明責任には、争いあるも、「客観的証明責任」と「主観的証明責任」と「証明責任規範」の三つの意義が考えられる。⁽¹⁸⁾そこで、三つの証明責任に分けて、ここでは検討したい。

第一に「客観的証明責任」とは、「結果責任」とも言われる。民事訴訟の審理の最終段階において、当事者が主張・立証を尽くしたにも拘らず、ある事実の存否について裁判官がいずれとも確信が抱けないときに働く結果責任であるからである。⁽¹⁹⁾したがって、ここには、審理の過程において当事者が主張・立証を尽くすべき証拠提出責任（主観的証明責任）は含まれていない。⁽²⁰⁾

第二に主観的証明責任とは、審理の過程で、当事者が裁判所との間で弁論主義に基づき、自己に有利な主張および証明活動をするというものであるので、「行為責任」ないしは「証拠提出責任」とも言われる。

第三に「証明責任規範」とは、証明責任や証拠提出責任の源であり、それらを整序する基礎となる規範のことである。²¹⁾

なお、証明責任全般については、以下の点に留意する必要がある。①証明責任は、実体法の適用の可否に係るものであるから、実体法の直接の規律対象となっていない間接事実について、証明責任を問題とする必要はないということである。²²⁾②次に、主要事実の存否不明は、弁論主義をとる手続であつても職権探知主義をとる手続であつても、常に生じる可能性があるということである。²³⁾

以下、客観的証明責任および主観的証明責任、証明責任規範につき、その意義を順に検討する。

一 客観的証明責任（結果責任）の意義

客観的証明責任とは、一般に「訴訟において裁判所がある事実の存否につき真偽不明の場合に、その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生が認められない一方当事者の不利益」のことと定義づけられている。²⁴⁾

1 客観的証明責任の従来の通説的見解

この意義については、一般に以下のような説明がなされている。²⁵⁾

原告の請求や被告の抗弁の当否は、裁判所が、その判断に必要な法規（権利の発生・変更・消滅を規律する実体法）を、この請求や抗弁を基礎づけるために当事者が提出した事実（主要事実）に適用できるか否かによつて決定される。そこで、実体法の適用の前提として事実の確定が不可欠となるが、当事者間に争いのない事実と裁判所に顕著な事実が証明を要しないから（民事訴訟法一七九条）、これらを除いたものが裁判所の自由な心証による事実認定の対象となる（同二四七条）。

しかしながら、証拠調べをしてもなお、主要事実が存否不明にとどまる場合 (non liquet) が起きる。客観的証明責任は、事実認定を裁判官の自由心証に委ねても事実が真偽不明な場合に、⁽²⁶⁾ 真偽不明を理由に裁判所が裁判を拒否することは許されない (憲法三二条) ので、このような場合には一方当事者に不利益を及ぼすことで裁判を可能にしたものである。⁽²⁷⁾

すなわち、客観的証明責任は、事実の存否が真偽不明の際に、裁判所に対し裁判の内容を指示するという役割を担っている。これを当事者に対する効果の面からみるならば、客観的証明責任とは、主要事実が存否不明の場合にそれを要件とする実体法の適用が否定されるため、自己に有利な法律効果を取得できないことになる一方当事者の不利益又は敗訴の危険 (結果責任) ということになると説明されるのである。

2 客観的証明責任の近時の有力説

客観的証明責任の従来の通説による「一方当事者の不利益又は敗訴の危険」という説明に対しては、近時松本教授より大きく批判がなされている。⁽²⁸⁾ すなわち、証明責任法則の適用の結果、一定の法律効果の発生が認められなかったり認められたりすると、二当事者対立構造をもつ民事訴訟においては、当事者の一方に有利になり、他方に不利になるが、厳密には、「無証明の場合の法適用の問題はあらゆる訴訟において現れる。弁論主義が行われるか、職権探知主義が妥当するか、二当事者対立構造をもつ訴訟手続か、それとも当事者としての申立人と判決の効果を受ける者しか知らない手続かどうかは、この法適用の問題にとつて重要ではない。したがって、客観的証明責任を当事者の一方の危険や不利益と関連づけて定義することは、適切ではない」と主張されるのである。⁽²⁹⁾ 客観的証明責任は、単に訴訟審理の最終段階において、事実の存否不明の場合に作用する規範にすぎないとする。

それゆえ、客観的証明責任の意義とは、訴訟審理の最終段階において、審理を尽くしたにも拘らず、法規の法律要件にとって直接重要な事実(いわゆる主要事実)の存否が不明でいずれとも確定できない場合に、その事実を要件とする法律効果の発生を認めるか認めないかどちらかに決めることと解している。一方当事者もしくは関係者のだれかの「責任(ass)」の問題にまで結びつけて定義づけるのは妥当ではなく、一方当事者の責任もしくは関係者のだれかの責任は、この客観的証明責任の発動の結果の「反射」にすぎないと主張するのである。

松本教授は、以上のように客観的証明責任を定義づけ、このような客観的証明責任は、「あらゆる形態の訴訟手続において重要性を有する」とし、後述する主観的証明責任が「弁論主義の訴訟手続に特有の概念であり、この手続でのみ意味をもつ」⁽³⁰⁾のと異なり、「証明責任の観念の中核をなす」⁽³¹⁾とする。三ヶ月教授も、客観的証明責任を中核に捉えることを、理論の深化として評価する。⁽³²⁾

3 客観的証明責任の役割

以上のように、客観的証明責任の意義内容については争いがあるものの、ドイツのRosenberg以来、わが国でも、「証明責任」の中核は、「客観的証明責任」であると捉えられているようである(客観的証明責任中核論)⁽³³⁾

しかしながら、これらの客観的証明責任中核論に対しては、以下のような批判がある。⁽³⁴⁾すなわち、「要証事実の存否不明という事態は、証拠裁判主義を採用する訴訟においては必然的に生じることであるが、それは事実の存在の無証明の一態様であつてそれ以上の意味を持つものではない。」⁽³⁵⁾「事実の存在の証明が、たとえば弁論主義の適用のある民事訴訟におけるように当事者の一方の行為責任になることもあれば、たとえば職権探知主義の適用のある人事訴訟や刑事訴訟におけるように最終的には裁判所の職権にかかることもあるが、それは訴訟の制度的な目的

による訴訟の形態の違いに由来するものであつて、実体法規における事実の存在と証拠裁判主義の下での訴訟における事実の存在の証明との違いに由来するものではないのである。」との説明がなされている。その上で、「客観的証明責任があらゆる形態の訴訟手続において重要性を有するというのは、ひが事といわざるを得ないであろう」と述べられている。⁽³⁶⁾

沿革的にみると、「証明責任」の中核を客観的証明責任と捉えるようになったのは、ドイツでは一九世紀末のGlagel⁽³⁷⁾が、わが国では雫本朗造博士⁽³⁸⁾が最初であり、それ以前は、ドイツでもわが国でも「証明責任」は訴訟で証拠を提出する当事者の行為責任と把握されていたようである。⁽³⁹⁾成立しなかった明治二三年民事訴訟法の原草案の訴訟規則および施行されなかった旧民法証拠編一条においては、もっぱら行為責任としての証明責任が念頭に置かれていたことが立法当時の資料から明らかであり、また明治期の概説書では証明責任を行為責任として説明されている。⁽⁴⁰⁾

そして、批判説は、このような旧民法証拠編などの条文の沿革から、「証明責任」を、「分配上証明責任を負う当事者が係争の主要事実を証明すべき行為責任とし、かつ、無証明というその不成功に対する反射的效果として、裁判官が係争の主要事実を要件とする法規を適用しないことによりその当事者の負う不利益を結果責任として理解し」⁽⁴¹⁾ており、「客観的証明責任の観念は裁判宣誓の制度を母胎として生まれたものであるが、わが国の民事訴訟には、この裁判宣誓という法廷証拠規則は、継受されなかったのである」から「客観的証明責任の観念を継受すべき法的根拠がないどころか、その法的根拠となるべき裁判宣誓ないしその類似の制度が積極的に排除されたのであつて、したがつて、客観的証明責任の観念の受け入れる基盤すらないと言わざるを得ない」として、行為責任をまさに中核にするべきであると主張しておられる。

4 客観的証明責任についての若干の私見

このように、旧民法証拠編の沿革からみると、行為責任としての証明責任、すなわち「主観的証明責任」をいわゆる「証明責任」の中核と捉えるのが妥当にもみえる。明治の立法当初における証明責任の意義は主観的証明責任を念頭に置いて考えられており、明治二十九年の民法が成立した後もしばらく、裁判実務はこの旧民法証拠編に基づいていたことは確かだからである。⁽¹⁶⁾

しかし、たしかに旧民法証拠編一条は行為責任的な規定になっているが、旧民法証拠編二条は、「裁判官に主張の心証を起こすことができなかつた原告または被告はその証明しなかつた点につき請求または抗弁において敗訴する」として、証明責任を負う当事者の結果責任を規定している。⁽¹⁸⁾ 同条は、Boissonadeが基礎にしたフランス民法にはなかつた規定ではあるが、当時のフランス民法をさらに徹底して一条の証明責任の分配のみならず、二条で結果責任としての証明責任をも旧民法証拠編で規定したものと言えよう。⁽¹⁹⁾

また、理論的に考えると、訴訟で重要なのはやはり最終的な結論である。当事者は、最終的な裁判所の判断が自己に不利になることを最も回避したいのであるから、やはりそこが原点ではないだろうか。結果責任があるからこそ、その最終的な判断の前の審理段階で、当事者は主張・立証を尽くさねばならないことになるのではないだろうか。理論的な考え方の順序としては、やはり客観的証明責任から始めるべきではないかと思われる。

それゆえ、本稿も客観的証明責任を証明責任理論を考える際の出発点とする。しかし、このことは、主観的証明責任が重要でないことを意味しない。特に、証拠収集制度の充実・拡大の動きが進んでいる中で、結果責任としての客観的証明責任が現実を生じる場面、すなわち事実の真偽が不明な場合が確実に減っている今日では、行為責任としての主観的証明責任の意義が、ますます重要になってきていることは言うまでもないからである。

旧民法当時の立法者の意識としても、旧民法証拠編一条および二条の兩条を「総合的に勘案すれば、当時の立法者の意識としては行為責任としての主観的証明責任と結果責任としての客観的証明責任とを明確に区別していなかった」⁽⁵¹⁾だけであると解するのが正確であろう⁽⁵²⁾。

したがって、「証明責任」には、審理の結果責任としての客観的証明責任の側面と、審理途中の行為責任としての主観的証明責任の側面との両面があり、それぞれ役割の場面と意義が異なっていると考えるのが妥当と思われる⁽⁵³⁾。

なお、客観的証明責任は、一つの事実については一方の当事者のみが負うのであり、他方当事者はその事実の反対事実について客観的証明責任を負わないことが言われる。この客観的証明責任をどちらが負うのが、いわゆる証明責任の分配の問題であり、この客観的証明責任は、訴訟の最初から抽象的に定まっているものであり、訴訟の経過によって他方当事者にその証明責任が移ることはない⁽⁵⁴⁾とされている。

これに対し、さまざまな形態の訴訟がある中で、客観的証明責任を一方当事者の責任に結びつけることは妥当でない旨を松本教授は批判されておられるようである。たしかに、すべての訴訟に弁論主義が妥当するものではなく、証明責任がつねに一方当事者の責任に結びつくわけではないようにも見える。しかし、ここでいう証明の「責任」というのは、いわゆる実定法的な具体的責任を誰かに対して強制的に負うということではない。

第一に、自己に不利な事実の認定結果が生じることを避けたければ、事実の存否が自己に有利なように認定されるだけの証明努力をしなければならないということである。客観的証明責任の負担者は、自己の意思でその負担を放棄することは、敗訴の危険を覚悟さえすれば自由なのである（過失的責任）。ただし、過失的責任は、主観的証明責任に、直接は結びつくと思われる。

第二に、証明責任者が証明努力を尽くしたにも拘わらず、なお真偽不明の場合にも適用される（無過失的責任）

のが客観的証明責任の本質であるが、一方当事者に不利な事実認定の結果が生じる以上、やはり特定の当事者に、最終的に真偽不明の結果にならない程度に審理を通じて証明努力を尽くすべきだったという結果のための負担があると言えるのではないか。したがって、客観的証明責任の意義には、一方当事者の危険もしくは負担をも含むと考へる。

二 主観的証明責任（証拠提出責任）の意義

以上のように争いあるも、客観的証明責任とは、事実審理の最終時において事実の存否不明な場合に働くもの、ことを指すのが妥当である。他方、弁論主義の下、各当事者は自己に有利な判決を得るために、自己に有利な事実を「証明」しなければならぬ。それゆえ、審理途中における主観的証明責任を、客観的証明責任とは別の証明責任として考える必要があると思われる。⁽⁵¹⁾

この点につき、そもそも客観的証明責任を証明責任の本質と捉え、主観的証明責任は客観的証明責任の反射にすぎないとして、主観的証明責任概念の必要性に疑問を呈する説もある。⁽⁵²⁾しかしながら、前述したような沿革からみれば、主観的証明責任がそもそもその中核とも言え、また現在の証拠収集制度拡充化の時代において、主観的証明責任をまったく不要とする考えは疑問であろう。

客観的証明責任を中核と捉える説の多くも、主観的証明責任を独自の概念として捉えるべきであると考えている。なぜなら、客観的証明責任を負う当事者は、真偽不明になれば自分の主張する事実は認められないため、訴訟の過程でも証明を尽くそうと努力するであろうから、その意味で証明責任は行為責任・主観的証明責任の側面もあるからである。この行為責任は、「いわば弁論主義というプリズムを通して投影された」⁽⁵³⁾ものともいえないが、結

果責任にも結びつく事実の証明に関する点では、広い意味で証明責任の範囲であると捉えられるからである。

つまり訴訟の過程から考えると、まず各当事者は弁論主義の下、自己に有利な法律効果を定める法規の要件事実を各自主張することになる。この段階は、主張レベルの問題であり、裁判所に対してどんな事実を争っているかを主張する場面である。この場面では、「当事者」が自己に有利な「事実」を「裁判所」に対して主張しなければ、その事実について審理してもらえない不利益を被るという主張責任を、当事者双方が裁判所に対して負う。これは、弁論主義の働く主張レベルの問題であって、証拠を提出して証明をするという証拠レベルの問題ではない。

また、いずれの当事者がいずれの「事実」を主張すべきかは、弁論主義によつては決まらないことに注意する必要がある。なぜなら弁論主義は、訴訟資料の提出を裁判所と原告・被告を一体にみた当事者との間での責任分配にすぎず、各当事者間の責任分配ではないからである。

そして次に、裁判官はそれらの事実につき存否を認定することになるのだが、それらの事実が真実かどうかは、当事者の提出した証拠を基礎に認定する。この証拠レベルで証明責任が問題になるのであり、裁判所は「当事者」の提出した証拠を基に判断するが、真偽不明になると客観的証明責任により、一方当事者が自己に有利な事実は認められなくなる責任を負う。

そのため、自己に有利な事実を認めてもらえないという不利益を回避するために、その当事者は積極的に証拠の提出をしなくてはならない。その証拠の提出責任が主観的証明責任であると言われる。⁵⁷⁾

したがって主観的証明責任は、主張レベルの主張責任と違って証拠レベルの問題であり、訴訟の過程全体を通じた証拠提出責任であるので、事実審理の最終時に真偽不明であつた場合に働く客観的証明責任とは、別個の独立した責任と解されている。⁵⁸⁾

このような主観的証明責任の所在と客観的証明責任の所在とは一致するのが原則であるが、訴訟の途中においては、主観的証明責任が当事者の立証活動に応じてその当事者間を移動する。客観的証明責任を負う当事者が、ある事実につき充分に証拠を提出して証明(本証)が成功した場合、相手方はそのままでいると敗訴する危険があるので、今度は相手方がその反対の証拠を提出する(反証)責任を負うとするのである。このように、客観的証明責任は移動しないが、証拠提出責任が立証活動に応じて移動すると考えるのである。

ただし、客観的証明責任と主観的証明責任の所在は一致するのが原則であるが、一致しない例外もある。⁽⁵⁹⁾例えば、裁判官の職権で証拠調べをする場面である。

三 証明責任規範

客観的証明責任も主観的証明責任も当事者の一方に証明責任を負わせるものであるが、この証明責任の解決方法について、Rosenberg 以来、ある法規の法律要件要素の存否が不明なときはその法規を適用できないという、実体法不適用原則が妥当すると考えられていた。⁽⁶⁰⁾証明責任は実体法不適用の裏返しであって、その觀念には独自の意義は認められないとされていたのである。

これに対し、最近では、実体法規範とは別に、訴訟上の証明責任規範の存在と独自性を認めようとする説が有力になってきている。⁽⁶¹⁾松本教授は、この説について、以下のようにまとめている。

「法規の法律要件を充足する事実が存否不明の場合、裁判所はその法規の定める法律効果を肯定することも否定することも、いずれもできない。法規はその法律効果を、その法律要件に該当する事実の証明に結びつけているのではなく、法律要件の客観的存在に付与しているからである。したがって、事実の無証明の場合に裁判所に判決を

可能にする特別の法規が必要である。かかる法規が『証明責任規範』である。したがって証明責任とは、法規の要件事実の存否不明の場合の法規不適用の結果ではなく、逆にこの場合に裁判官に判決を可能にする裁判規範 (Entscheidungsnorm) である⁽²⁰⁾」

すなわち、法規の要件事実⁽²¹⁾に該当する事実が存否不明であつたからといって、当該法規が不適用とは限らず、当該法規が適用されることもある。実体法は、裁判前・裁判外でも行為規範として機能しているのであつて、事実の存否が不明な場合に機能する裁判規範は、証明責任規範であつて実体法とは別個独自の法規範なのである⁽²²⁾。

証明責任の分配にあつても解釈規範が必要であり、この解釈規範には、実体法規範とは別の独自の証明責任規範を観念する方が、法適用過程が明確になると思われる。したがつて、証明責任規範と実体法規範とを区別すべきだろう。

(18) 春日・前掲注(3)三三五頁注(1)参照。

(19) 真偽不明の時にのみ機能するという限りでは、証明責任規定は、証明の規定ではなくて、無証明の場合の規定であるという方が適切であると村上判事は述べておられる。村上・前掲注(8)一〇頁。

(20) 中野貞一郎ほか編・新民訴訟法講義〔補訂版〕(有斐閣・平成十二年)二九九頁以下〔青山善充〕。

(21) 春日・前掲注(3)三三四頁。

(22) 新堂幸司・新民訴訟法〔第二版〕(弘文堂・平成十三年)四八五頁以下。

(23) 中野ほか編・前掲注(20)二九八頁〔青山〕。

(24) このように真偽不明と証明責任の関係を明確に主張したのは雄本論文である。雄本朗造「学証責任ノ分配」民事訴訟法の諸問題(有斐閣・昭和三〇年)一九四頁以下参照。春日・前掲注(3)四四七頁、新堂・前掲注(22)四八三頁以下、兼子一・民事訴訟法(弘文堂・昭和四七年)一〇八頁、村上・前掲注(8)八頁以下。

この定義に対して、松本教授は、証明責任の本質が事実の存否が不明な場合の法適用の問題であるという認識を誤らせるおそれがあるとしている。その理由は、証明責任といつても、当事者が訴訟上証拠を提出しないことに対する制裁ではなく、また直接的には無証明の場合の当事者の一方の利益・不利益の問題でもないからということである。松本・前掲注(1) 八頁以下。

(25) 新堂・前掲注(22) 四八三頁以下。

(26) ただし、証明責任と自由心証(証明度)との関係については、「自由心証尽きたところに証明責任始まる」といわれることがある(例えば、山本戸克己「自由心証と準証明責任」『民事訴訟法論集』(有斐閣・平成二年)二五頁以下)。しかしながら、このように両者は支配領域を異にし、自由心証は経験則や蓋然性に依拠するが証明責任はそれらと無関係であると解するのは妥当ではないだろう。自由心証も証明責任も、「いずれも法適用の前提となる事実を確定するための手段であり、例えば、証明が不十分であるにも拘らず証明妨害の結果自由心証の証明度が下げられたり証明責任の転換をもたらすこともあるように、相互補完的であるし、証明責任の分配の一要素としては経験則や蓋然性も関係してくる。また、裁判官が自由心証により事実認定するための証明度が高くなれば、証拠収集制度の特別の充実でもない限り、証明責任による判決の場合が増加し、逆に証明度が低くなつて「証拠の優越」で足りるとすれば、証明責任による判決の場合はかなり減ってくる」ものであると思われる(小林・前掲注(6) 一六〇頁以下参照)。なお、これについての理論的分析は、太田勝造・裁判における証明論の基礎(弘文堂・昭和五七年) 一二九頁以下参照。

(27) 事実が①存在すると認定されうる、もしくは②存在しないと認定されうる場合には、そのように事実認定されるにすぎないので、事実認定ができなくて判断ができないという状態は生じない。主要事実がいずれとも認定できない場合があるからこそ、このような場合にのみ、どう事実認定するべきかという問題が生じ、それに対する規範が必要となる。春日・前掲注(3) 三三七頁。

(28) 松本・前掲注(1) 八頁以下参照。

(29) 前掲八頁以下。

(30) 前掲九頁。

(31) 前掲八頁。

(32) 三ヶ月章・民事訴訟法(有斐閣・昭和三四年) 四四三頁。

(33) 例えば、新堂・前掲注(22) 四八八頁、松本・前掲注(1) 七頁以下、春日・前掲注(3) 一頁以下などはすべて、客観的証明責任を基礎として捉え、主観的証明責任をその派生的なものとして説明している。ただし、これらの説も、主観的証明責任が重要性を持つことに異を唱えるものではなく、むしろこれからの時代においては、主観的証明責任の意義が重要であると認識されている。

(34) 並木茂・前掲注(1) 一七頁以下参照。

(35) 前掲二〇頁。さらに、「このことは、ZPO旧第二編第一章第一〇節の係争の事実の存否不明を解決するための(存否不明という事態を生じさせないための)と言った方が正確かもしれない)当事者宣誓の制度の下でも、当事者の宣誓が証拠に代わって事実の存否を証明する方法であり、訴訟における事実の存否は、結局その事実の存在の証明の有無であって、事実の存否の確定において事実の存否不明という事態が介入する余地のないことから明らかである。そして、事実の存在の無証明の場合にその事実の存在を要件とする法規が適用されないのは、事実の存在が証明された場合にその事実の存在を要件とする法規が適用されることの反射的な結果にすぎない」と説明している。

(36) 前掲二〇頁以下。

(37) 〇pp.の主張内容については、竜崎・前掲注(8) 二五頁以下参照。

(38) 雄本・前掲注(24) 一九四頁以下。

(39) 小林・前掲注(6) 一六二頁。

(40) 旧民法証拠編一条は「有的又ハ無的ノ事実ヨリ利益ヲ得シカ為メ裁判上ニテ之ヲ主張スル者ハ其事実ヲ証スル責アリ相手方ハ亦自己ニ対シテ証セラレタル事実ノ反対ヲ証シ或ハ其事実ノ効力ヲ滅却セシムル事実トシテ主張スルモノヲ証スル責アリ」と規定していた。

(41) 磯部四郎・民法(明治二三年) 釈義証拠編之部(信山社・平成九年) 七頁以下。

(42) 例えば、岩田一郎・民事訴訟法原論「第一六版」(明治大学出版部・大正八年) 五一六頁。

(43) 並木・前掲注(1) 一八頁注(1)。

(44) わが国では、当事者宣誓制度は採用されず、イギリス法の当事者を証人として尋問する制度を取り入れた(兼子)「民事訴訟法の制定―テッチョー草案を中心として―」民事訴訟法研究第二巻(酒井書店・昭和二五年) 一三頁。裁判宣誓については、竜崎・前掲注(8) 一六頁以下が詳しい。

(45) 並木・前掲注(5) 三九頁。

(46) 旧民法廃止後も、「書かれたる条理」・「書かれた權威ある条理」として、法律実務家には民事訴訟における証明責任の分配および証明責任を定める条理として認識されていたようである(並木・前掲注(5) 四三頁以下)。並木教授は、さらに、この廃止された旧民法は、「大審院等の裁判所の慣行となり、遂には慣習法になった」と主張される(前掲四五頁以下)。しかし、当時の「条理」として使わ

れることはあったにせよ、現在も適用可能ないわゆる「慣習法」にまでなつたかは疑問であるので、この点については留保したい。

(47) 旧民法証拠編二条は「自己ノ主張ノ全部又ハ一分ヲ法律ニ從ヒテ証セス又ハ判事カ証拠ヲ査定スル權ノ自由ナル場合ニ於テ判事ニ此主張ノ心証ヲ起サシメサリシ原告若クハ被告ハ其証セサリシ点ニ付キ請求又ハ抗弁ニ於テ敗訴ス」と規定していた。

(48) 二条は、訴訟上举证責任を果たさない者に対する制裁を規定したと説明されている。磯部・前掲注(41)一六頁、岸本辰雄・民法「明治二三年」正義証拠編(信山社・平成七年)九頁。

(49) 並木・前掲注(5)四二頁。

(50) 小林・前掲注(6)一六七頁。

(51) これに關し、日本の立法者はともかく、Boissonade は、二つの証明責任概念を明確に意識していたが、効果は同じであると考えており、二条はフランス法にはないが、彼が苦心して規定したのではないかと指摘がある(竜寄・前掲注(8)一八三頁以下)。他方、Boissonade は、二つの証明責任概念を明確に區別してないとの指摘もある(石田・前掲注(8)「再構成」一二頁以下)。

(52) 船越隆司・実定法秩序と証明責任(尚学社・平成八年)二〇頁も、証明責任の概念について、「構成要件充足の観点」と「当事者の証明」という観点から両者を総合的に捉え、前者は「法規面と事実面との客観的側面」であり、後者は「当事者の立場という主観的側面」であるとして、「一方のみから立言することは、決して事柄の正しい把握に至るものではない」とされる。

(53) 新堂・前掲注(22)四八五頁以下。

(54) ドイツでは、逆に主観的証明責任がいわゆる証明責任として当初は考えられていた。証明責任が一般に客観的証明責任と解されるようになったのは、一九世紀の終わりであるといわれている。Leo Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. (1965), §3III. 倉田訳・前掲注(1)二八頁以下。

(55) 兼子一「立証責任」民事法研究第三卷(酒井書店・昭和四四年)一二八頁以下、新堂・前掲注(22)四八七頁以下。

(56) 三ヶ月・前掲注(32)四〇九頁。

(57) 主観的証明責任を証拠提出責任と呼ぶ説もある。小林・前掲注(6)一六八頁。松本・前掲注(1)九頁。

松本教授は、証拠提出責任をさらに抽象的証拠提出責任と具体的証拠提出責任とに分けて考える。前者が主観的証明責任のことであり、訴訟の過程で当事者間を移動するのは後者とする。

(58) 村上・前掲注(8)六頁以下同旨。客観的証明責任と主観的証明責任の關係については Rosenberg, a.O. (Fn.54), §3I. 倉田訳・前掲注(1)二二頁以下にも詳しい。

Rosenberg は Beweisführungslast (証拠提出責任ならし挙証責任) と Feststellungslast (確定責任) とする。

(59) 小林・前掲注 (6) 一六八頁以下。松本教授は、「一致」ではなく「バラバラ」と言う。松本・前掲注 (1) 一〇頁。主観的証明責任の概念は Musielak の提唱によるところが大きい。Musiak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess (1975), S.47f. Musielak の見解については、浜上則雄「製造物責任における証明問題(一〇)」判例タイムズ三三四号八頁以下(昭和五十一年)で紹介がなされている。また Musielak の本書自体は、渡辺武文教授により紹介されている。渡辺武文「紹介」Hans-Joachim Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975「民事訴訟雑誌」二二号三四〇頁以下(昭和五十一年)。

(60) ドイツにおうし Rosenberg & Leonhard によつて主張された見解である。Rosenberg, a.O. (Fn.54), §31 倉田訳・前掲注 (1) 二二頁以下。Leonhard, Die Beweislast, 2. Aufl. (1926), S.127.

(61) 春日・前掲注 (3) 三三六頁以下、小林・前掲注 (6) 一六六頁以下、松本・前掲注 (1) 二二頁以下、石田・前掲注 (8) 『再構成』七四頁、浜上・前掲注 (59) 三頁以下、同「製造物責任における証明問題(一・二・三)」判例タイムズ三三五号一九頁以下(昭和五十一年)、竜寄喜助「民事訴訟における証明責任の機能」民事訴訟法の争点(有斐閣・昭和五十四年)二四六頁。

(62) 松本・前掲注 (1) 二〇頁以下。

(63) 松本教授と同旨であるものとして、春日・前掲注 (3) 三三六頁以下がある。そこでは、証明責任規範の必要性が詳しく研究されている。

第三章 証明責任の分配原則

前述したように、証明責任は、ある法規の法律要件事実の存否が不明な場合に、法律要件事実をどちらかに扱い、裁判官に裁判を可能にする法則であり、そのための基準が必要である。それが、証明責任規範であり、それに基づき証明責任の分配の問題が生じる。当事者の一方が、法規の適用を求めまたは回避するために、要件事実の存在ま

たは不存在を証明(確定)しなければならない負担が生じるからである。すなわち、証明責任は、構成要件充足の観点(法規面と事実面という客観的側面)と当事者の証明(責任もしくは負担という主観的側面)の両方の側面がある。⁽⁶⁴⁾

したがって、証明責任の分配の根拠は、当事者間の訴訟上の地位を可及的に対等にしようとする合目的性、配分的正義、公平の要求にある以上、証明責任は、両当事者の間に適宜に分配されなければならない。⁽⁶⁵⁾

この証明責任の分配をめぐるいくつかの学説が拮抗し、激しい対立があるが、大きく分けて四つの説の対立がある。⁽⁶⁷⁾

一 規範説と法律要件分類説

1 規範説

規範説を唱える者としては、ドイツのRosenberg⁽⁶⁸⁾が代表的である。(日本では倉田説⁽⁶⁹⁾が規範説の代表とされていたが、本人自ら修正説に立つことを明らかにしている⁽⁷¹⁾ので、もはやここには含まれない。しかし、修正法律要件分類説とは、法規不適用の原則をとる点で相容れないので、修正規範説とでもすべきであろうか。)

この説は、裁判官が法規を適用することができるのはその要件事実の不存在が確定された場合に限られる、ということを出発点とする。逆に、要件事実の不存在が確定された場合のみならず、その存否不明の場合も法規は適用されない。この場合、法規不適用による不利益は、この法規の適用によって勝訴しようとする当事者に負わされる。そこで、このことから、証明責任の分配の唯一の原理として、各当事者は自己に有利な法規の要件について証明責任を負うということが帰結される。事実の存否が真偽不明な場合は「法規不適用の原則」が働く結果、その事実

つき責任を負うと考える。

すなわち、規範説は、事実の真偽不明を法規の不適用に直ちに結びつけるのであり、自己に有利な法規が適用されないことにより、当事者の一方がこうむる不利益を証明責任と定義したのである。⁽²²⁾

したがって、規範説によると、証明責任は独自の法規概念ではなく、実体法の適用・不適用の問題にすぎないことになる。この場合、実体法そのものからすでに真偽不明の際の裁判内容が明らかになるので、実体法とは別個に証明責任規範は不要だからである。実体法の構造に依拠して分配を決定すれば足りるからである。

そして、このように法規不適用の原則が働くため、各当事者は、自己に有利な法規の要件事実を主張・立証すべきことになる。この自己に有利な法規という基準で、法規を形式的に分配するのである。すなわち、①権利根拠規定の要件事実についてはその権利を主張する者に証明責任があり、②権利滅却規定の要件事実については権利の不存在を主張する者に、③権利障害規定の要件事実については権利を争う者に、証明責任があるとす。⁽²³⁾

その上で、裁判官は、証明責任については、実質的考慮を入れて判断してはならず、何世紀にもわたって精錬され立法者によって作り上げられた正義、つまり実定実体法規に基づいてのみなされるべきだとした。⁽²⁴⁾

2 法律要件分類説

法律要件分類説は兼子論文⁽²⁵⁾および岩松論文⁽²⁶⁾により確立されたと思われるが、この説は規範説と基本的な点で同じであり、両説とも法規の構造を重視して、権利根拠規定・権利障害規定・権利滅却規定の三分法を用いる点において共通している。しかし、法律要件分類説は、訴訟追行上の当事者の公平、紛争の迅速な解決、政策等の実質的考慮を必ず説明している点で、規範説と違いがある。また、法規不適用原則についても、これについてはあまり重視

していない点で扱いが微妙に異なる。⁽⁷⁷⁾

このような法律要件分類説に対しては、ここ一〇数年来、ドイツでも日本でも種々の批判が投げかけられている。わが国では、石田教授、浜上教授、春日教授、竜寄教授、新堂教授が挙げられる。⁽⁷⁸⁾これらの説は法律要件分類説のいう三分法に代えて、もっと実質的な根拠、例えば証拠からの距離や公平等を考慮すべきであると批判する。

ただし、法律要件分類説の中にも、法律要件分類説自体がもともと実質的考慮を含む程度の柔軟性をもつものであるとの見解もある。⁽⁷⁹⁾

3 修正法律要件分類説

そこでこれを受けて、修正法律要件分類説は、基本的には三分法が当事者に対して法的明確性・安定性に資するとしながら、権利根拠規定と権利障害規定の区別に疑問のある場合は、例外的に実質的公平や証拠からの距離等の実質的要素を考慮するとしている。⁽⁸⁰⁾

代表的なものとしては、松本説と村上説が挙げられる。

(1) 松本説

松本教授は、証明責任分配の観念は、当事者の訴訟上の地位を可及的に対等にするという正義・公平の要求に由来することを出発点として以下の命題を掲げている。⁽⁸¹⁾

第一は、権利を主張する者は、その要件を証明しなければならないというものである。この命題は、客観的証明責任を基本とする現時の証明責任の理解の下で、権利の要件をなす事実につき審理を尽くしたにも拘らず、事実の真偽が不明の時、裁判所が、通常その要件の実現の否定の判断へと導くような事実を確定したかのごとく裁判し、

存否不明の要件を、不存在と扱うことを要求する。その理由は、もし主張された権利が原告に帰属していないことを被告側で証明しなければならぬとすれば、裁判官が原告の主張事実が正当だとの確信を得ていないにも拘らず、被告が原告の事実主張の誤りを証明できないという一事で、原告の請求を認容しなければならないという結果を招くからであるとする。

そして、第二に「存否不明の要件＝不存在」の法則（証明責任分配の消極的基本原則、die negative Grundregel der Beweislastverteilung）を導き出す。

さらに、この基本原則だけでは権利主張者がすべての法律要件要素につき証明責任を負う結果になるので、当事者を訴訟において可及的に対等に扱うという公平の要求から、一定の補充を必要とする。すなわち、権利主張者は、権利の成立要件につき証明責任を負うのに対し、相手方は、反対権（民法上の抗弁権）、権利障害事実、権利滅却事実（訴訟上の抗弁権）につき証明責任を負うとする。

これらにはすべて消極的基本原則が妥当するので、真偽不明の場合に事実を存在と擬制するためには、明文の法律規定が必要であるが、判例上の特別法則を否定はしないと説明する。そして、判例により特別法則が発展して実体責任法の変更に生じた例として、ドイツにおける製造物責任の判例を挙げる。⁽⁸²⁾ すなわち、ドイツで製造物責任を BGB 八二三条一項に基礎づける際、連邦裁判所は、製品の欠陥が被告企業の危険責任領域に属する取引違反状態に由来する場合に、被告企業に無過失の証明責任を負わせた（鶏ペスト事件）⁽⁸³⁾ というものである。

以上のように、証明責任規範を実体法規範とは別個に考え、明文の証明責任規定や法律上の推定は、訴訟においてのみ適用されるとき、この法規定は証明責任の特別規定とするのである。⁽⁸⁴⁾

(2) 村上説

村上判事は以下のようにいう。⁽⁸⁵⁾

要件事実の存否不明の場合には、法規は適用も不適用もされず、証明責任規範によって裁判される。証明責任の分配は一般原則として、權利成立事實は權利主張者に、權利阻止事實(權利成立阻止事實と權利行使阻止事實の兩者を含む)と權利消滅事實は相手方に分配される。法条の構成要件の定め方(措辞・構造)による分配は、あまりに形式的論理に走りすぎているので維持できないが、法条適用の論理的順序による分配基準は、維持すべき点がある。

そして、証明責任の分配について実体法の規定が不備であるまたは規定を欠く場合(例、民法五四一条)には、規定の措辞・文理は役に立たず、また、立法当時予想されなかった新事実の発現の対応については、役立たない。それらの場合には、実定法規ないし法規範という一定の制約はあるにしても、規定の趣旨・法意や実質的解釈、さらに他の規定との比較考量あるいは法規範全体の法意・解釈も考量に入れるべきであり、この限りでは修正するのを妥当とする。⁽⁸⁶⁾

權利阻止事実の判定要因としては、①原則・例外関係、②社会生活上の経験法理、③信義則違反、④帰責事由の不存在・免責事由、⑤信頼関係保護の原則、⑥安全保護の原則、⑦公正論評の法理等の新たな基準を示す。⁽⁸⁷⁾

要するに、村上説は、規範説には維持すべきでない点があり、修正は必要と考えるが、かといって次に述べる利益衡量説のように、証拠との距離や立証の難易といった実体法規範とは無関係の基準は直接の証明責任分配基準とせず、公平な分配のための要因でしかないと考え、あくまでも法規全体を総合比較考量して修正するという姿勢を採っている。⁽⁸⁸⁾

二 特別要件分類説

特別要件分類説は、そもそも雄本博士が唱えた考え方である。⁽⁸⁹⁾ 雄本説は、実体法を権利根拠規定と権利消滅規定に二分した上で、規範説のように権利妨害規定という概念を導入することなく、一般要件・特別要件という概念の導入によって妥当な証明責任の分配を行おうとするものである。また、証明責任の分配の実質的根拠は、当事者の訴訟上の地位の平等に求めるものである。

そして、雄本博士の特別要件分類説を最も体系的に展開したのが、中島弘道博士⁽⁹⁰⁾である。ただし、中島説は、雄本博士の客観的証明責任の概念を否定し、主観的証明責任のみを承認している。そして、主観的証明責任を「基本的挙証責任」と「二次生的挙証責任」との二つに分類する。中島説は、当事者間の衡平という実質的考慮を入れた特別要件分類説を主観的証明責任の分配規範として説明するのである。

最近、雄本博士の特別要件分類説を発展させたのが三井哲夫教授である。三井教授は、特別要件分類説に立ち、一般要件・特別要件の区分から、法律要件分類説を再構成する。すなわち、権利根拠事実の証明責任の分配は、権利発生事実と権利障害事実との区別に基づいてなされるべきであり、法条の規定の仕方（本文・但書など）によってはなされてはならないとする。その上で、一般要件は、独立して権利発生障害事実となり、特別要件（条文の規定の仕方を問わず、原則として権利発生事実とする）と合体して権利発生事実となるとするが、例外としていろいろな実質的考慮を取り入れ、場合により権利発生障害事実となることがあり得るとする。⁽⁹¹⁾

しかし、以上のような特別要件分類説は、いずれも当事者間の衡平という実質的考慮に基づく見解であり、次の利益衡量説同様、証明責任の分配基準としては不明確であるという批判が成り立つ。規範説が昭和四〇年代から通

説的地位を占めるようになる中、特別要件分類説は、主流たる地位を占めることなく至っているようである。

三 利益衡量説

利益衡量説は、上述の修正法律要件分類説に対して、実質的要素を考慮するのであれば、もはや三分法は矛盾をきたしていると批判し、法規の形式にあまりとらわれずに、より実質的な要因を利益衡量することによって証明責任を分配すべきと主張するものである。わが国では、石田説と新堂説が代表的である。

1 石田説⁹²⁾

石田説は、雄本博士の実質的な考慮を入れる特別要件分類説を示唆に富むと評価するものの、⁽⁹³⁾ 実質的に利益衡量する因子を順序づけて、証明責任の分配を決定すべきとする。具体的には、①信義則・実体法の立法趣旨、②証明責任の分配に関する立法者意思、③証拠との距離、④立証の難易、⑤蓋然性の順番で証明責任の分配が決定されるとする。すなわち、第一に、証明責任の分配に関する立法者意思が明確であれば、それに依拠する。第二に、それが明確でない場合は、証明責任の分配を定めた法律の規定の立法趣旨を明確にし、その規定から可能な類推解釈や反対解釈による。第三に、それでも定まらない場合には、証拠との距離、立証の難易、蓋然性の順序で要素を考慮し、証明責任の分配を決定するのである。

ただし、以上のような利益衡量による証明責任の分配が、信義則や実体法の立法趣旨に反する場合には、最終的に信義則が優先し、これにより証明責任の分配が修正されるとする。

2 新堂説⁽⁹⁴⁾

新堂説は、石田説と異なり、利益衡量する因子を順序づけることなく、並立的に並べて総合考慮すべきとする。すなわち、分配を決する基準は、①当事者間の公平の観点と②法規の立法趣旨であるとし、①においては、その中で立証の難易、証拠の近さ、蓋然性の三つの因子に分けて公平な分配を判断し、②については、法律効果の発生をより容易に認めるのが望ましいと考えるかどうかに関する実体法の解釈や政策論を因子として判断し、両者を総合考慮する。

これらの利益衡量説に対しては、要証事実ごとに当事者の立証上の力関係を斟酌して証明責任の分配を決めなければならぬとすると、客観的・一義的に証明責任の分配を定めることができず、法的安定性や当事者の予測可能性を害する等の批判がある。⁽⁹⁵⁾

四 一般生活行為規範説（交渉ルール説）⁽⁹⁶⁾

以上のような諸説とはまったく趣きを異にし、行為責任を全面に押し出して、証明責任の「責任」たる所以を明らかにしようとする、佐上説⁽⁹⁷⁾と佐藤説⁽⁹⁸⁾がある。一般生活行為規範説は、「手続保障の第三の波説」に基づき、主観的証明責任を証明責任の場面に限らず、より広汎な訴訟外の紛争当事者間の一般生活行為規範（交渉ルール）を具体化した行為責任が、証明責任の本質であるとする。当事者は、訴訟外の一般生活行為規範としての交渉ルールに従い証拠を提出すべきであり、証拠を提出しない場合には不利益を課せられても当然であるとする。したがって、当事者がそれぞれに要求されている証拠提出等の具体的行動を尽くしたかどうかを問題とすべきであると主張する。

しかしこの説に対しては、以下のような批判がなされている。⁽⁹⁹⁾ すなわち、訴訟外で決着しないから、法の適用による裁判で紛争を解決しようとしているのである。法による解決を当事者は求めているのであって、一般生活行為規範という曖昧な規範ではなく、客観的で明確な法規範によつて、紛争を終結させたいのである。訴訟は、法的予測性・安定性が求められるものであり、当事者間の個別具体的な関係によつて決まる交渉ルールによらしめることは、それらを欠くことになるので妥当でない⁽¹⁰⁰⁾というものである。

五 証明責任規範不要説

さらに、証明責任規範自体が不要であるとする新しい説が最近唱えられている。

1 萩原説⁽¹⁰¹⁾

この説は伝統的証明責任論⁽¹⁰²⁾を以下のごとく批判し、証明責任を証明度と関連させて、実体法の趣旨・目的に照らし、かつ各種の多面的考量を経て決定するほかないとする。すなわち、わが国の伝統的証明責任論は、行政・刑事の訴訟における証明責任や、訴訟前・外における証明責任と同様の問題であるとの共通性を看過している。また、証明責任の問題はその分配に尽きるのではなく、それと同時に、その証明度が大きな問題であるのに、それを忘れてゐる。主張責任と証明責任の原則的一致に固執し、両者が原理的に別個の問題であることを認識していない。証明責任の問題について一般的な分配基準などを定立することはできない。証明責任は実体法の問題であるから、当該実体法の趣旨・目的、実体法に基づく価値判断に利益衡量を加味して、証明責任の分配および証明度を決すべきであるとする。

2 船越説・定塚説・並木説⁽¹⁰⁾

証明責任の分配の基礎は、実定法規と要件事実の実体的特性にあるとする。そして、実定法規の定める分配に従うべきことは、法律制度それ自体より生じる要請であるとする。ただし、わが国の立法者が証明責任の分配に注意して法規定立しているわけではないので、また社会の変化により正義の観念も変化するので、修正が必要であるとする。しかし、証明責任の理論も、実定法に背理してはならないのみならず、実定法規の秩序原理のうちに基礎をおくことを要するとする。すなわち、規範として存在するのは単に個々の実定法規であり、証明責任については解釈をめぐる争いがあるのみであつて、判例法として一つの解釈が確立された場合には、それが実定法規の内容をなすだけであると説明する。⁽¹¹⁾

また、実定法規の要件はすべて証明されることを予定しており、当事者は一般に証拠を支配しているという事実にとどまらずに、支配している者は証拠を確保しておくべきであるという要請もあったとした上で、証明責任の問題は、実定法規の構成要件をいずれの当事者が確定しなければならないかという、実定的問題であるべきと主張する。

(64) 船越・前掲注(52)二〇頁。

(65) Rosenberg は、合目的性・平均的正義 (ausgleichende Gerechtigkeit)・公平という。配分的正義 (aussteilende Gerechtigkeit) と区別する。Rosenberg, a.a.O. (Fn.54), §8III。倉田訳・前掲注(1)一〇八頁。

(66) 松本・前掲注(1)七五頁以下。村上・前掲注(8)二八頁以下。

(67) 内容については、竜崎・前掲注(8)一六五頁以下がよくまとまっている。

(68) Rosenberg, a.a.O. (Fn.54), §9。倉田訳・前掲注(1)一一五頁以下参照。

(69) 倉田監修・前掲注(8)二頁、同・「証明責任分配論における通説の擁護—石田説の批判—」民事実務と証明論(日本評論社・昭和六二年)二六七頁以下。

(70) 竜寄・前掲注(8) 一六七頁など。

(71) 前掲注(2)『研究会』二九頁「倉田発言」参照。

(72) 高橋・前掲注(13) 四三八頁。同四五八頁以下で高橋教授は、規範説を五つの命題に分けて、端的にまとめておられる。

(73) また、証明責任を負う当事者は、法規を適用してもらうために構成要件該当事実の全部につき証明しなくてはならないので(構成要件完備の法則・構成要件全部証明の原則)、その負担を軽減し、結果的に公平な証明責任負担を実現する手法として、Rosenberg は間接反証という考えを打ち出し、相手方は確定責任を負うが、証明責任は変更されなかった。Rosenberg, a.o. (Fn.54), §14II 倉田訳・前掲注(1) 二二九頁以下。

(74) 高橋・前掲注(13) 四五九頁。

(75) 兼子一「推定の本質及び効果について」民事法研究第一巻(酒井書店・昭和二五年) 二九五頁以下。

(76) 岩松三郎「民事裁判における合議」司法研修所資料一二号(司法研修所・昭和三二年) 一頁以下。これらについては、竜寄・前掲注(8) 一一九頁以下で詳細な検討がなされている。

(77) 竜寄・前掲注(8) 一六八頁以下。

(78) 石田・前掲注(8)『交錯』七頁、三五頁以下、六〇頁以下、七三頁以下、同・前掲注(5)『再構成』一一八頁以下、浜上則雄「製造物責任における証明問題(一)」「(一)判例タイムズ三〇九一〇号、三二二一四号、三一六号、三三〇号、三三二二号、三三八号、三三四一三五号(昭和四九一五年)、春日・前掲注(3) 四五〇頁以下、竜寄・前掲注(8) 九五頁以下。新堂・前掲注(22) 四九二頁以下。

(79) 中野ほか編・前掲注(20) 三〇六頁「青山」。

(80) 松本・前掲注(1) 七五頁。

(81) 前掲七五頁以下。

(82) 前掲二三頁。

(83) BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.

鶏ベスト事件は、養鶏業者が獣医に依頼して鶏にベストの予防注射をしたところ、その数日後、逆に四〇〇羽以上の鶏がベストにかかり死亡したため、獣医の使用したワクチンの製造者に損害賠償請求した事件である。一九六八年一月二六日連邦通常最高裁は、製品を正常に使用しながらその製品の欠陥で損害が生じた場合には、ワクチンの製造者に欠陥の原因を明らかにし、自己に過失がないことを立

証する義務があるとして、過失の立証責任を被告側に転換し、賠償責任を課した。この結果、被害者は製品の欠陥とそれと損害との因果関係を証明すればよいことになり、製造物責任における過失の証明責任は被告側に転換された。

(84) 松本・前掲注(1) 二頁以下。

(85) 村上博巳「証明責任の分配論再説(下)」判例タイムズ四八六号二七頁以下(昭和五八年)、同・前掲注(8) 一〇〇頁以下。

(86) 村上博巳「証明責任の分配論再説(中)」判例タイムズ四八五号一五頁、一七頁(昭和五八年)。

(87) 村上・前掲注(85) 三〇頁以下。

(88) 村上・前掲注(86) 一八頁以下。

(89) 雄本・前掲注(24) 一九四頁以下、二〇二頁以下、二四五頁以下参照。

(90) 中島弘道・拳証責任の研究(有斐閣・昭和二十四年) 六頁以下、三七頁以下、七八頁以下参照。

(91) 三井哲夫・要件事実の再構成(増補・新版)(信山社・平成五年) 三〇頁以下参照。

(92) 石田・前掲注(8)『交錯』四五頁以下、同・前掲注(8)『再構成』一一五頁以下、一三三頁以下。

(93) 石田・前掲注(8)『再構成』二六頁以下。

(84) 新堂・前掲注(22) 四八九頁以下。

(95) さらに詳しい批判については、倉田・前掲注(69)『民事実務と証明論』二六七頁以下、竜崎・前掲注(8) 一八〇頁以下がある。

(96) 「行為責任の証明責任論」という分類名を付すものもある(竜崎・前掲注(8) 一七二頁以下)。

(97) 佐上善和・民事訴訟法(第二版)(法律文化社・平成一〇年) 四一頁以下参照。佐上教授は、証明責任(立証責任)を「提案立証責任」(客観的証明責任に近い)と「説得責任」(主観的証明責任に近い)という用語で説明されている。

(98) 佐藤説は佐上説と軌を同じくするが、佐藤説は行為責任の証明責任の理論的根拠をより探求するものである。佐藤彰一「立証責任論における行為責任の台頭と客観的立証概念の意義」立命館法学一六五―一六六号五八二頁以下(昭和五七年)。

(99) 小林・前掲注(6) 一七二頁以下。

(100) 松本・前掲注(1) 三三四頁以下、小林・前掲注(6) 一七三頁以下。

(101) 萩原・前掲注(9) 二五九頁以下所収。

(102) 萩原説は法律要件分類説を含む従来の証明責任の総称として「伝統的証明責任論」をいう(前掲九四頁以下)。

(103) 船越隆司「実定法秩序と証明責任(三)」判例時報一二六三号一七八頁以下(昭和六三年)、同・故定塚孝司判事遺稿論集刊行会。

主張立証責任の構造に関する一試論(判例タイムズ社・平成四年) 三頁以下、倉田監修・前掲注(8) 三頁以下、並木茂「民事訴訟における主張と証明の法理(上)・(下)」判例タイムズ六四五号四頁以下・六四六号四頁以下(昭和六二年)。

(104) 船越・前掲注(52) 二四頁以下。

第四章 若干の比較法的考察

一 アメリカの証明責任論

アメリカにおいては、日本と違って陪審制度があることをまず念頭においておく必要がある。その上で、アメリカでは①行為責任的な証拠提出責任 (the duty of producing evidence, burden of production, burden of going forward with the evidence) と、②結果責任的な説得責任 (the risk of non-persuasion, burden of persuasion) の二つに分けて、一般的に証明責任 (burden of proof) が考えられている点に留意する必要がある。⁽¹⁰⁵⁾

また、アメリカでは、全面的な利益衡量により、証明責任の分配を行っており、利益衡量による証明責任の分配が不可能ではないことを実証しているという点に特徴がある。⁽¹⁰⁶⁾

なお、アメリカでは広汎な証拠収集制度たるディスカヴァリーがある。それゆえ、わが国に比べて、証明責任が必要となる場面が、非常に少ないことは言うまでもないだろう。

以上のような特徴を踏まえながら、アメリカの証明責任論について、若干の検討を加えたい。

1 証拠提出責任

証拠提出責任は、ある争点につき、十分な証拠を提出しないと、自己に有利に事実認定してもらえない一方当事者の不利益のことであり、行為責任である。

わが国の主観的証明責任に一番近いが、この証拠提出責任が果たされないと、事件の事実認定は陪審に回されないという点で、陪審制度を現在利用していない日本とは違いがある。ただし、陪審によらない場合でも証拠提出責任はある。

証明責任の分配は、証拠規則と裁判手続により決まるが、pleading(訴答)⁽¹⁰⁷⁾の分配と原則的に一致する。すなわち、原告は、訴答規則(pleading rules)の下、訴えを提起するに十分な程度の証拠を提出する責任があるので、原則、すべての争点について証拠提出責任を負う。被告は、通常、積極抗弁に関わる争点であれば証拠提出責任を負う。

例えば過失責任を争う事例では、原告が近因(proximate cause)、被告の過失、被害の範囲に関する証拠(人証、物証など)を提出することになり、被告が過失相殺のための原告の過失や危険引受、消滅時効、免責事項について証拠提出の責を負う。

また、原告が十分証拠を提出したのであれば、原告の証拠提出責任は一旦尽くされたことになり、今度はその反対事実について、被告が証拠提出責任を負うことになる。このように、証拠提出責任は、訴訟の過程で当事者間を移動する⁽¹⁰⁸⁾。したがって、証拠提出責任を尽くしたからといって勝訴判決が得られるわけではなく、最終的に自分の主張する通りに事実認定が認められなければならないと説明されている⁽¹⁰⁹⁾。

2 説得責任

説得責任とは、当事者が当該事実が真実ではないというよりは真実らしいということを、事実認定者たる陪審もしくは裁判官に対して説得する責任である。すなわち、当事者が証拠提出責任を果たし、その事件の事実認定が陪審に委ねられ、審理 (trial) で当事者が主張・立証を尽くしたにも拘らず、当該事実の存否がいずれとも不明の場合には、自己に不利に事実認定されるという、一方当事者が負う責任のことでもある (懈怠責任、default ruleとも言われる)。この説得責任は、審理の最終段階で問題になるので、証拠提出責任のように審理の途中で当事者間を移動することはないとされている。それゆえ、アメリカの説得責任の概念は、わが国の客観的証明責任と似通っていると言えよう。⁽¹⁰⁾

陪審ではなく裁判官が審理する場合も、同様である。陪審の場合は、裁判官が各要件事実につき、どちらの当事者が説得責任を負うかを、証明の程度と共に説示 (instruction) する。⁽¹¹⁾

説得責任は、原則として、通常訴訟における主張責任 (burden of pleading) を負う者 (現状を変更しようとする者 (the party disturbing the status quo)) が同様に負うとされる。⁽¹²⁾ しかし、説得責任が被告に課されることもある。その場合としては、①被告が時的制限 (statute of limitation) の抗弁を主張する場合、②被告が受託者など証拠との距離が近い場合、③被告の抗弁が減多にないものである場合 (例、契約が脅迫により無効であるなど) が挙げられている。⁽¹³⁾

ただし、一般に説得責任の分配については、アメリカにおいては、特別な基準はないとされている。積極的に事実を主張する者が証明責任を負うと言われることもあるが、どんな事実も積極的・消極的のどちらにも言えるので、これらの一般的基準はないと考えられている。⁽¹⁴⁾ その理由として、例えば、契約違反 (Breach of a promise) は不履

行 (nonfulfilment) ともいえ、また過失責任 \parallel negligence は注意義務違反 \parallel the failure to exercise due care ともいえることが挙げられている。

証明責任の分配は、pleading の分配と基本的には一致するが、この分配は、公平 (fairness)、便宜 (convenience)、政策 (policy) などを総合考慮して決める。この考慮事由に、証拠との距離は含まれてはいない。証拠との距離は、従来は重視されていたが、最近では重視されなくなっているようである。¹⁵⁾ というのも、アメリカではディスカヴァリーがあり、広く相手方のところにある証拠も収集できるため、証拠との距離があまり問題にならないからのである。

3 アメリカ法の若干の考察

以上のように簡単にアメリカ法の証明責任をみたが、証拠提出責任と説得責任に分けて考えていることは、わが国の主観的証明責任を認める立場に影響を与えており、また証明責任の分配に関しても、利益衡量説に大きな影響を与えていると思われる。

アメリカは判例法の国であり、実体法の規定に従って証明責任の分配をするという発想がないものと思われ、その点で日本や次に述べるドイツとは大きく違う。

日本で利益衡量説に対しては、基準が一義的に定まらないという批判がなされるが、アメリカでは利益衡量説的に考えられていても不都合がないことに鑑みれば、わが国でも利益衡量説に立つことは一応可能であることが分かる。

しかしながら、わが国では、実定法が明確に定まっているのであるから、法規の解釈を原則として一義的にする

のが法の安定性に資するものと思われる。したがってその点で、証明責任の分配を利益衡量に最初からすべて委ねてしまうのはやはり妥当ではないだろう。わが国においては、修正法律要件分類説がやはり妥当であるとする。

また、アメリカでも、主観的証明責任(証拠提出責任)と客観的証明責任(説得責任)に分けて、証明責任の主観的側面と客観的側面の両側面の存在を認めていたが、この点については、日本法においても、同様の考え方が成り立つと思われる。そしていわゆる証明責任(主観的・客観的証明責任両方を含む)は、訴訟の全過程を通じての基準、すなわち訴訟における導きの星であると考えるべきである。

二 ドイツの証明責任論

ドイツについては、アメリカの場合と違って、証明責任論における詳細な研究がなされており、日本での従来の議論は、ほとんどドイツの影響を受けていたといっても過言ではない⁽¹⁶⁾。しかしながら、Rosenbergの主張した規範説をはじめ、その後のドイツでの証明責任論争については、すでにわが国で詳細な紹介がなされている⁽¹⁸⁾。本稿でも、日本の学説の紹介の中で、ドイツの学説の内容がすでに織り込まれていた。したがって、ドイツの証明責任に関する学説の紹介は最低限にとどめ、日本との違いについて若干の解釈を加えるだけにしたい。

1 ドイツの概説書の説明⁽¹⁹⁾

ドイツにおいては、証明責任論について、Rosenbergの規範説を出発点としながら、規範説の不都合をどのような基準で解決するかという点で、いくつかの説が争っているようである。

最近のドイツの概説書では、証明責任の概念と意義につき、客観的証明責任(Die objektive oder materielle

Beweislast) と証拠提出責任 (Beweisführungslast/ subjektive oder formelle Beweislast) を区別し、客観的証明責任を根幹に据えて説明している。すなわち、前者は、訴訟の最後で真偽不明の場合に適用される客観的なもので、当事者の制裁を第一目的とするものではないと説明し(ただし、一方当事者が負う危険を含む)、後者は、訴訟手続の中で、どちらの当事者が証拠を提出すべきかというものであると説明する。そして、客観的証明責任を負う者が、原則として証拠提出責任を負うとする。そして、証明責任の基本原則は、法規不適用の原則にあるとする。ただし、以下で述べるような多くの反対説があることも指摘されている。

2 ドイツの証明責任論争—Rosenbergの規範説に対する批判

ドイツでは、法律要件分類説の説く法規の三分類、特に権利根拠規定と権利障害規定の区別は曖昧で、証明責任分配の基準たりえないという批判が、古くは Leonhard⁽¹²⁾ 最近では Pohle⁽¹³⁾ Leipold⁽¹⁴⁾ Grunsky⁽¹⁵⁾ Musielak⁽¹⁶⁾ Reinecke⁽¹⁷⁾ から出されている。そして、この二つの事実の区別がつかない不都合を、①実体法では区別できないとして、証明責任の観点から区別することにより解決して三分法は維持しようとする説と、②実質的根拠を証明責任分配の前面に出すことで権利障害規定を否定し、証明責任の実質的衡量により証明責任を分配する説に分かれている。

前者には Leipold⁽¹⁴⁾ Musielak⁽¹⁶⁾ が挙げられ、後者には Reinecke⁽¹⁷⁾ Warendorf⁽¹⁸⁾ が挙げられる。Leipold⁽¹⁴⁾ は、規範説が事実の存否が不明な場合 (non liquet) に法規不適用の原則を採ることに對して、証明責任を法規不適用と同置して考えていると批判し、事実を確定できなければ法規を適用とすることも不適用とすることもできないはずであり、この場合実体法とは別の法規範が必要であり、それが証明責任規範 (Beweislastnorm) であるとした。⁽¹²⁶⁾ そして、原則的には規範説の三分法によるが、規範説に不都合が生じる場合は、判例の積み重ねという法の継続的形成

(Rechtsfortbildung) による「特別規則」で解決しようとした。

これに対し、Musielak⁽²⁷⁾、Schwab⁽²⁸⁾、Prütting⁽²⁹⁾は、修正規範説とよばれるが、「消極的基本原則」や「操作規則」(Operationsregel) という独自の規範を介在させることにより、規範説の不都合を解消しようとした。

さらに、三分法にはよらない説もある。Reinecke⁽³⁰⁾は、「理性的な実質的根拠」を分配基準に用い、Wahrendorf⁽³¹⁾は、蓋然性原則・保護原則・信頼原則・社会的責任分配の原則等の実質的衡量により、証明責任を分配しようとしている。

3 ドイツ法の若干の考察

ドイツでは、客観的証明責任を中核に捉えることについては一般的に争いがなくあり、わが国における主観的証明責任中核理論のようなものは特に主張されていないようである。ただし、Rosenbergの規範説に対しては、独自の証明責任規範が必要であるとの批判が通説のようである。その上で、証明責任規範の中身をどう解するかをめぐり、特別規則説や操作規則説などがあつた。また、わが国での利益衡量説に近いと思われる、実質的衡量説も存在した。

ドイツでは、証明責任の原則論については、以上のような争いがあり、やはり決着していないようであるが、さらに、証明責任の分配の例外理論としての特別理論(「表見証明」や「事案解明義務」など)が、理論的に複雑に発展しているようである。わが国と同様に、証明責任の分配基準の理論化に苦慮している様が窺えた。

- (105) 前者の二つの概念を始めて明らかにしたのが James Bradley Thayer である。FLEMING JAMES, JR. ET AL., CIVIL PROCEDURE, 337(4th ed.1992). アメリカ法の紹介については、小林秀之・新版・アメリカ民事訴訟法 (弘文堂・平成八年) 二〇三頁以下が詳しい。ただし、アメリカの証明責任については、訴訟における主張責任 (burden of pleading) も含めて二つの概念に分けて説明するものもある (STEPHEN C. YEAZELL, CIVIL PROCEDURE, 446 (5th ed. 2000)).
- (106) 小林・前掲注 (6) 一九一頁。
- (107) 訴訟提起時における法廷外の書面交換手続のことである。小林・前掲注 (105) 五頁以下参照。
- (108) Penzoil v. Texaco, 729 S.W.2d. 768 (Tex.Ct.App. 1987); JAMES ET AL., *supra* note 105, at 342.
- (109) JOHN J. COUND ET AL., CIVIL PROCEDURE, 992 (7th ed. 1997).
- (110) 小林・前掲注 (105) 二〇九頁。
- (111) アメリカでは、民事訴訟における証明の程度は、原則として、五〇%を超える確からしさ、すなわち証拠の優越 (preponderance of evidence) で足りるが、名誉毀損 (libel and slander) や子供の親権 (child custody) に関する場合などは、証明が明白かつ説得的 (clear and convincing) な程度であることが要求される。また、刑事事件では、一番高い蓋然性が必要であり、合理的な疑いの余地のなす証明 (proof beyond a reasonable doubt) が必要とされる。COUND ET AL., *supra* note 109, at 992-93.
- (112) 宮寺則之・竹川秀夫・最新アメリカ民事訴訟法 (ぎんぎん・平成二年) 一七四頁。
- (113) JOHN KAPLAN ET AL., EVIDENCE 239 (17th ed. 1998).
- (114) JAMES ET AL., *supra* note 105, at 343.
- (115) JAMES ET AL., *supra* note 105, at 344.
- (116) 規範説を初めとして法律要件分類説や修正法律要件分類説はすべてドイツの議論の影響を受けている。ドイツの証明責任の詳細については竜崎・前掲注 (8) 参照。
- (117) Rosenberg, a.a.O. (Fn.54) 倉田訳・前掲注 (1)。
- (118) 例えば、松本・前掲注 (1) 竜崎・前掲注 (8) など参照。
- (119) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15.Aufl. (1993), S.669ff; Zöller, Zivilprozessordnung, 23. Aufl. (2002), S. 811ff.
- (120) Leonhard, a.a.O. (Fn.60), S.78ff.

- (121) Pohle, Zur Beweislast im internationalen Recht, Festschrift für Hans Döle, Bd. II (1963), S.317ff., S.331.
- (122) Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen (1966), S.35ff. ライバルトの規範説への批判については、浜上則雄「製造物責任における証明問題(三)」判例タイムズ二二二二号三頁以下(昭和四九年)、『石田・前掲注(8)』『再構成』七〇頁以下、二二頁以下、春日・前掲注(3)三九頁以下に詳し。
- (123) Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. (1974), S.427f.
- (124) Musielak, a.a.O. (Fn.59), S. 294ff.
- (125) G. Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe (Duncker & Humboldt, 1976.) 民事訴訟雑誌二四卷二五五頁(昭和五三年)がある。
- (126) Leipold, a.a.O. (Fn.122), S.41ff. 吉野正三郎編著・ドイツ民事訴訟法の新展開(晃洋書房・平成三年)二七頁以下、ディーター・ライバルト(春日偉知郎訳)「民事訴訟における証明度と証明責任」判例タイムズ五六二号三九頁以下(昭和六〇年)。
- (127) Musielak=Stadler, Grundfragen des Beweisrechts (1984), S.121ff.が詳し。
- (128) Schwab, Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, in Festschrift für Hans-Jürgen Bruns (1978), S. 505ff. ショウマー(石川明訳)「最近の立証責任論が規範説から乖離した点について」法曹時報三〇巻四号一一頁以下(昭和五三年)。
- (129) Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983), S.112ff., 169f.
- (130) Reinecke, a.a.O. (Fn.125) .
- (131) Warendorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht (1976), S.78f., S.99ff., S.118, S.123f., S.128f. Warendorf の見解については、石田・前掲注(8)『再構成』一三七頁以下参照。

第五章 諸説の検討

以上のように、日本およびアメリカもしくはドイツを見ても、証明責任の分配についての学説は様々であり、実際には、もっと多岐に分かれる。しかし、ここでは大きく四つに分けて検討し、自説の拠るところを明らかにする程度にとどめたい。

1 規範説・法律要件分類説に対する疑問

規範説や法律要件分類説の一部は、法規不適用の原則を説くが、この原則は論理必然的に生ずる法則であろうか。刑事訴訟においては、真偽不明の場合、「疑わしきは被告人の利益に」(in dubio pro reo)という原則が適用されることからすると、真偽不明だから法規不適用と必然的になるのではなさそうである。

またドイツの立法者も、事実の存否が不明な場合に、右法規不適用の原則を用いる意図はなかったのではないか。というのも、一八七七年成立のドイツ旧民事訴訟法(CPO)当時の規定では、真偽不明の場合は、足りない証明力を補充して完全な証拠とし、または不完全な証拠を排除する裁判宣誓という解決制度を設けていたのであり、法規不適用原則で単純に真偽を判断できないと考えていたと思われるからである。⁽¹³⁾ 法規不適用に単純に割り切れないから、証明責任規範が別途争われてきたのである。

さらに Leipold ⁽¹³⁾によれば、法規の文言上、法律効果は主要事実の存在により生じるのであって、主要事実の証明により生じるものではないから、主要事実の存否が不明であれば、事実問題の存否を決する実体法以外の「特別な

法規」としての証明責任規範が必要になるとする。思うに、実体法は事実の存否が定まって適用がなされるものであるから、その前提の事実の存否が不明なときにどちらかに定める規範が必要であろう。

したがって、実体法規範とは別に証明責任規範の存在を考えるべきである。

2 利益衡量説に対する疑問

利益衡量説は、証拠との距離や立証の難易、禁反言、経験則の蓋然性を考慮して、当事者間の公平および法規の立法趣旨の観点から、証明責任の分配をすべきであるとする。

しかし、このように法律要件ごとに当事者の立証上の力関係を斟酌して証明責任の分配を定めなければならないとすると、客観的・一義的に証明責任の分配を定めることができず、法的安定性や当事者の予測可能性を害するので、実際のでないだろう。⁽¹⁴⁾

また、利益衡量説の立場は、立証の難易、証拠の近さ、蓋然性を分配基準として、当事者の一方に証拠提出を求めるのが公平であるとの訴訟追行過程における行為規範が前提にあると思われるが、行為規範を尽くせば、もはや帰責の根拠は消滅するのであるから、行為責任を尽くしたのになぜ結果責任が正当化されるのか、という点についても説明が必要であろう。⁽¹⁵⁾ 訴訟準備段階並びに訴訟追行過程全般において証明責任が有する訴訟の羅針盤としての意義を無視する結果となる。

したがって、証明責任の分配原則として、利益衡量説も妥当でないと思われる。

3 証明責任規範不要説に対する疑問

最近では、法律要件分類説に立ちながら、証明責任規範というものを考えずに、個々の問題となる法律要件を具体的・実質的に考慮して、証明責任の分配を細かく検討する試みが、前述の証明責任規範不要説のように、実務家の間で特になされるようになってきている。¹³⁶

しかし、これらの説も法律要件分類説の三分法を否定するものではなく、むしろ、法律要件そのものに着目してそれを個別具体的に解釈していこうとするものにすぎず、修正法律要件分類説がめざすところと結果的に同じであり、独自の意義がどこまであるかは疑問である。また、個々の条文を再検討することが理論に終始するよりも問題の解決になると考えるので、従来どおり法律要件分類説によりつつ、個別的に対処するのが簡明であり、賢明ではないかと考える。

また、証明責任規範自体が不要という点であるが、証明責任規範が必要であることについては、前述したとおりである。

4 修正法律要件分類説 — 私見の立場 —

基本的には、法律要件分類説に基づくことが、法的安定性や当事者の予測可能性に資すると考える。原則的として、法規に定められた要件事実の三分法に従って、権利根拠事実についてはその権利を主張する者に、権利滅却事実については権利の不存在を主張する者に、権利障害事実についてはその権利を争う者に証明責任があると解する。ただし、これを形式的に貫徹すると不合理な結果となる場合や、法規の存在しないもしくは決定しえない要証事実については、利益衡量説が考慮する証拠との距離や立証の難易や禁反言・経験則の蓋然性などを、当事者間の公

平および法規の立法趣旨の観点から加味して考えるものとする。特に、法律要件分類説が批判されるところの、權利根拠事実と權利滅却事実の區別については、法規から一義的に決定しえなくとも、法規の立法趣旨・目的、取引の簡便、安全の確保等の実質的考慮に基づき、解釈によつて決すると解する。なぜなら、そもそも証明責任の分配の根拠は、当事者間の訴訟上の地位を可及的に対等にしようという合目的性、配分的正義、公平の要求にあるからである。

そうすると、修正法律要件分類説は三分法で一義的に証明責任を分配できない場合には、常に実質的考慮による解釈で解決するので、利益衡量説と変わらないという批判もたしかにあらう。

しかし、修正法律要件分類説が、解釈や実質的考慮に基づく修正を認めながら(例えば、民法四一五条後段¹³⁹)もなお、基本的には三分法を維持しようとするのは、長年わが国の実務が法律要件分類説に基づいて運営されてきたところ、それでさほど問題が生じて来なかったことが大きな理由だと思われる。法的安定性や当事者の予測可能性の点からも、原則的には、法律要件分類説に基づきながら、争いのあるところについては、個別・具体的に実質的に考慮して、判例の積み重ねや立法により修正するのが妥当であり、思考経済にも適すると考える。¹³⁸

また、修正法律要件分類説に立脚するとしても、むやみに修正を認めるものではない。この説は、常に実質的衡量で証明責任分配を決する利益衡量説と違って、証明責任分配の修正が認められるためには、実質的衡量に基づく修正の必要性に加えて、判例の集積という実績も必要と解するからである。判例上の根拠が、証明責任分配の修正の正当化根拠として必要であり、その点で利益衡量説と修正法律要件分類説とは違うのである。したがって、この二つの説が同じではないかという批判は、妥当ではないと思われる。

なお、日本が明治当初参考にしたドイツ旧民事訴訟法(CPO)制定当時のドイツの立法者が、主観的証明責任

の概念ばかりを考えていたこと、⁽¹³²⁾明治民事訴訟法制定当時の日本の立法者も、条文の分かりやすさを第一に考えており、客観的証明責任の分配を意識せずに民法を規定していることなどから、日本の実体法規自体に合理的な分配基準は認め難いという批判がある。⁽¹³³⁾しかし、だからといって日本の実体法規は、まったく証明責任の分配を考えていない構造であると決めつける必要はないのではないか。日本の民法がドイツ民法やフランス民法の流れを汲んでいる以上、日本の民法の条文構造についても、母法の構造を修正していい範囲では、証明責任の分配を考えた構造を潜在的に取り入れていると思われるからである。⁽¹³⁴⁾

また、法律要件分類説に基本的に立ちつつ、個々の実体法規の証明責任の分配を検討しても、原則としてそれで一つの基準として明確であつたという実務上の経緯からみても、このような考え方で問題がないと思われるのである。

そして、ドイツでも争いがあるように、条文の構造を見ただけでは証明責任の分配が明らかではないときおよび立法者意思から明らかに分かりやすさのみを念頭に規定していたような場合（例、民法四一五条など）は、立法者意思もしくは判例の集積および学説による検討に基づき、証拠の近さや当事者間の実質的公平を考慮して、証明責任分配に修正を加えていくのが簡便であるし、⁽¹³⁵⁾実際的であろう。

(132) 竜崎・前掲注（8）一六頁以下に裁判宣誓についての詳しい紹介がある。

(133) Leipold, a.o. (Fn.122), S.23f. Leipold の見解については、春日・前掲注（3）三四九頁以下に詳しい。

(134) 倉田・前掲注（27）『民事実務と証明論』二七〇頁以下。

(135) 竜崎・前掲注（8）一八〇頁以下。

(136) 船越隆司「実定法秩序と証明責任（二）」判例時報一二六三号一七八頁以下（昭和六三年）。故定塚孝司判事遺稿論集刊行会・前掲

注(54) 三頁以下。倉田監修・前掲注(8) 三頁以下「並木發言」。

(137) このような判例の検討については、小林・前掲注(6) 一八六頁以下、倉田監修・前掲注(8) 六五頁以下「並木茂」。

(138) 小林・前掲注(6) 一八六頁以下参照。

(139) ドイツの立法者の意識については、竜寄・前掲注(8) 一六頁以下に詳しい。

(140) 立法者は、条文の書き方について、「原則として、分かりやすく表現することをモットーとするのみで、立証責任の配分を顧慮した表現をしなかった」と言われる(石田・前掲注(8)「交錯」四六頁以下、八一頁以下参照)。

(141) 松本教授も、「わが民法がドイツ民法の影響を受けている限りで、法文の表現形式が証明責任の配分を決定する上で参考となることは否定し得ない」とし、また「たとえ、わが民法の起草者が証明責任の配分に留意せず、これと無関係に法文を起草したとしても、それはわが国における文構造理論の正当性を疑わしめる事情であるにすぎず、決して法律要件分類説の否定理由とならない」と述べている。松本・前掲注(1) 四三頁。また、中野ほか編・前掲注(20) 三二七頁「青山」でも、「これまでの法典の立法者といえども、若干の例外はあるにせよ、両当事者の公平その他を考慮して、権利根拠規定と障害規定、本文と但書といった書き分けをしてきたこともまぎれない事実である」と述べている。

(142) 結論的には、修正法律要件分類説も、多面的考察の結果として、利益衡量説と近くなることは否めないだろう(高橋・前掲注(13) 四六六頁)。もはや、個々の条文において証明責任の配分がどうあるべきかを、要件事実論の一環として、検討していくことが、むしろこれからは重要になるのであろう。

第六章 結 語——今後の課題

以上のように、証明責任については修正法律要件分類説に立つことを前提に、証明責任の軽減に関する議論を考えていくべきであらう。それによると、まず、条文の構造を見ることになる。

例えば、平成六年六月二日に成立した製造物責任法（平成六年法律第八五号）の証明責任は、民法七〇九条以下
の不法行為と同様に考えることになるが（製造物責任法六条）、本条は権利根拠事実規定であるので、証明責任は、
原則的には法律要件分類説同様、被害者にあることになる。したがって、被害者たる原告が、製品の「欠陥」およ
び「因果関係」等の要件事実を証明しなければならないことになるのである。わが国における製造物責任法の立法
者の意図も、被害者にこれらの証明責任を負わせるところにあったので、これと合致することになる。^⑭

しかし、被害者は、製品の製造過程や構造過程に関する情報を製造者たるメーカーに握られ、一切有していない
のが通常である。それにも拘らず、被害者に欠陥等の証明責任を負わせるのは、武器対等の原則という民事訴訟法
の根本原則にも反するおそれがあり、当事者間の公平にも欠けるおそれがある。したがって、製造物責任法成立後
数年がたった今日において、この被害者の証明責任を軽減することや、証明責任を製造者側に移すという責任分配
の修正の必要性を改めて検討する必要がある（これに対し、利益衡量説に立てば、当事者間の公平や証拠の距離
等を基準にして、被害者ないし消費者救済の見地から加害者に証明責任を負担させることになると思われるので、
原告の証明責任の困難という問題は生じないことになる^⑮）。

そこで修正法律要件分類説の見地から、製造物責任訴訟における欠陥の証明責任の分配を修正し、端的に欠陥の
証明責任を原告から被告に移すことはできないかということが考えられる。しかし、修正法律要件分類説を採った
としてもむやみに修正を認めるものではない。修正法律要件分類説は原則的には法律要件の定め方を尊重するため、
単にある法律要件で不都合が生じただけではなく、正当な根拠が認められなければ修正を認めないのである。正当
な根拠とはつまり判例の集積のことであり、判例上の根拠がある場合でなければ認めないとするのが普通である（松
本説等）。特に村上説では、証拠との距離や証明の難易といった実体法規とは無関係な基準によつて証明責任の分配

を修正しないため、さらに修正を認める範囲が狭い。

そこで、事実上の推定理論の活用などにより、原告の証明責任の困難を救うことが必要になると思われる。前述で挙げた製造物責任法の立法者の意図としても、情報収集制度の拡充を行政的に図ること、また事実上の推定の活用をすることで被害者の証明責任を軽減することを考えているのであるが、問題は本当にそれで被害者の証明責任は軽減されているかということである。疑問が残るところである。証拠収集制度が他国に比べて時期的にも内容的にも範囲が狭いわが国では、これにより証明責任の軽減の効果を期待しにくい。その上、事実上の推定でどれくらい証明責任の負担が減らせるのか、この理論自体も再度検討し直す必要がある。また立法者は、判例実務において、事実上の推定により被害者の証明責任の負担軽減は図られているというが、本当にそうなのか。事実上の推定がなされたという判例も、改めて見直す必要がある。したがって、証明責任の軽減や転換といった途も考えるべきであろう。

このように、証明責任に関する問題は、平成八年改正による争点中心の新様式判決に移行した後においても、未だ検討すべき重要な問題の一つであると思われる。

本稿では、紙幅の都合上、証明責任の原則論をどう考えるかに留まったが、民事訴訟の証明度を、「高度の蓋然性」からアメリカのような「証拠の優越」に程度を下げる議論および「事実上の推定」・「表見証明」、「間接証明」などの証明責任軽減法理の利用といった問題、もしくは新法でも認められたが割合的認定の問題、さらには、そもそも証明主題たる要件事実をどのように捉えるかという要件事実論については、他日を期したい。

(143) 内田貴「管見『製造物責任』(1)〜(4)」NBL四九四号六頁以下、四九五号三八頁以下、四九六号一四頁以下、四九七号三一頁以下(平成四年)。

(144) 石田・前掲注(8)『再構成』一一五頁以下、一三九頁以下、同・前掲注(8)『交錯』四五頁以下、柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況(四)——ローゼンベルクIIシュヴァープ『民事訴訟法』一〇訂版を通して」ジュリスト四九三号一二六頁以下(昭和四六年)。